

PROPRIEDADE, POLÍTICA URBANA E CONSTITUIÇÃO

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Prof. da UFF, da EMERJ e da EMATRA

1. INTRODUÇÃO

Crítica generalizada entre os estudiosos indica que nem todo assunto disciplinado na Constituição se revela adequado para estar inserido na lei maior do país. A rigor, a Constituição seria o documento fundamental do Estado no qual estivessem reguladas as linhas básicas relativas ao poder. Essas linhas haveriam de alcançar os núcleos centrais do sistema juspolítico do Estado, como as normas relativas à forma de Estado, regime e sistema de governo, Poderes dirigentes, partilha de competências e direitos e garantias fundamentais.

O Poder Constituinte, porém, nem sempre (ou quase nunca) segue tal postulado. Resultado que é de infinitas forças políticas, econômicas e sociais, o Poder Constituinte acaba por adotar, na disciplina constitucional, uma série de comandos que, em circunstâncias diversas e atendendo a resoluções lógicas, melhor se situariam na legislação infraconstitucional.

A despeito dessas idéias tão divulgadas e sedimentadas entre os juristas, o certo é que a evolução dos sistemas estatais tem estimulado a inserção de princípios e normas na Constituição que, embora pudessem parecer, em linha de princípio, desalojados do diploma apropriado, acabam por revelar-se compatíveis com a relevância que passam a ter nas inter-relações sociais.

Matéria que bem poderia enquadrar-se nessa categoria é a relativa à organização e desenvolvimento das cidades e de seus habitantes, que constituem objeto de estudos, pesquisas e normas de política urbana. Anteriormente, não houve, por parte dos Constituintes precedentes, a preocupação com esse tema, necessária para que este pudesse ter sido introduzido nas Constituições. Permeando as Cartas brasileiras anteriores, nenhuma regulação se encontra sobre política urbana.

Houve – é importante ressaltar – disciplina sobre a ordem econômica, às vezes tratada isoladamente e outras, em conjunto com a ordem social. Assim, as Constituições de 1934 (arts. 115 a 143), de 1946 (arts. 145 a 162) e a de 1967 (arts. 157 a 166) tiveram capítulos próprios destinados à ordem econômica e social. A Constituição de 1937, porém, tratou, em capítulo próprio, somente da ordem econômica (arts. 135 a 155). A Carta vigente também separou os temas: a ordem econômica e financeira foi

tratada no Título VII (arts. 170 a 192), ao passo que a ordem social teve sua disciplina no Título VIII (arts. 193 a 232).

A constatação é a de que o Constituinte, a partir de certo momento da história constitucional, voltou-se à disciplina da intervenção do Estado no domínio econômico, tratou da ordem financeira, mas nela não se deteve quanto à política urbana.

Na ordem constitucional, não encontramos, da mesma forma, quadro normativo incidente especificamente sobre a matéria urbanística, de onde se infere que, em outros sistemas, a matéria é objeto de legislação infraconstitucional.

Na análise de algumas Cartas políticas estrangeiras, é possível encontrar as que tratam da ordem econômica, como é o caso da Constituição de Portugal de 1976 (arts. 80 a 110), da Itália de 1948 (arts. 35 a 47), da Alemanha de 1943 (arts. 104 a 115) e da Espanha de 1978 (arts. 39 a 52 e 128 a 136), mas não existe disciplina em nível constitucional dirigida à política urbana. Outras Constituições sequer contêm capítulo próprio destinado à ordem econômica; é o exemplo das Constituições dos Estados Unidos de 1787, da França de 1958 e do México de 1917.

Nesse passeio pelas Cartas mencionadas, fica a certeza de que a vigente Constituição foi original na forma como dispôs de temas tão fundamentais ao Estado moderno: de um lado, a propriedade, e, de outro, o processo de urbanização e organização das cidades. A grande peculiaridade, como veremos adiante, é o inevitável atrelamento entre os temas, numa demonstração de que um não existe sem o outro.

Os presentes comentários, assim, terão seu foco nesses dois temas – a propriedade e a política urbana – tal como delineados na Constituição, completando-se a análise sobre os efeitos que acabaram produzindo no âmbito da legislação infraconstitucional.

Em última análise, nosso intuito é o de revisitar sucintamente tais institutos, ao momento em que a Constituição está completando 15 anos de sua promulgação.

2. PROPRIEDADE

A propriedade constitui, como é sabido, um dos direitos fundamentais dos sistemas modernos, somente não sendo contemplada naqueles em que Estados totalitários detêm a integralidade dos meios de produção. Pela sua relevância no mundo jurídico e político, a propriedade tem sido sempre objeto de atenção por parte das Constituições.

No direito pátrio constitucional, a propriedade deve ser vista sob duas perspectivas diversas.

Primeiramente, deve ser admirada como um dos direitos fundamentais básicos das pessoas, figurando, ao lado da vida, da liberdade, da igualdade e da segurança, no preceito contido no art. 5º, *caput*, da Constituição.

Ainda sob tal visão, o dispositivo consignou as regras básicas sobre o exercício do direito de propriedade. No art. 5º, inc. XXII, numa repetição desnecessária, como anotou JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (**“Comentários à Constituição de 1988”**, Ed. Forense Universitária, v. I, 1989, p. 186), ficou expresso: “*é garantido o direito de propriedade*”. Nas palavras do grande publicista, a redundância ficou óbvia: se ficou garantida a inviolabilidade do direito à propriedade (art. 5º, *caput*), logicamente tem que ser garantido o direito (art. 5º, XXII). Concedamos, todavia, nosso perdão por esse afã do Constituinte na repetição da garantia. Devemos entendê-la como *repetição normativa sistemática*, vale dizer, aquela que é novamente reproduzida pela conveniência em situar-se junto de outras normas correlatas, formando um único sistema. De fato, após o inciso XXII, outros se lhe seguem sobre a disciplina da propriedade.

Se essa norma restasse isolada, teríamos que admitir a propriedade total e intangível, o que não se compatibilizaria com o atual conceito do instituto. Por esse motivo, renunciou o Constituinte, no inciso XXIII: “*a propriedade atenderá a sua função social*”. Nas entrelinhas do dispositivo, é forçoso reconhecer a veiculação de certa ameaça aos proprietários, como se estes devessem ser advertidos de que, sem o atendimento à função social, não se lhes poderia garantir o direito de propriedade. Quer dizer: a garantia do direito de propriedade (inciso XXII) só tem aplicabilidade concreta se conjugada com o fim social da propriedade (inciso XXIII). Esta, pois, é a outra perspectiva do instituto.

A advertência do Constituinte é de todo consentânea com o lineamento moderno da propriedade. Esta não mais pode ser concebida como absoluta, conforme a sua visão romanística, e sim como instituto destinado a exercer uma função social. A velha definição da propriedade como o direito de usar, gozar e tirar todo o proveito de uma coisa, sem considerar o interesse alheio, espelha concepção individualista e egoística. São corretas as palavras de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO sobre esse aspecto: “*Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso desta seja condicionado ao bem-estar geral. Não ficou, portanto, o constituinte longe da concepção tomista, segundo a qual o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora pertençam a um só*” (**“Comentários à Constituição Brasileira de 1988”**, Saraiva, v. 1, 1990, p. 46).

A função social da propriedade, como é fácil notar, constitui postulado irreversível no sistema adotado pela Constituição para a ordem econômica e

financeira. Esse aspecto social espelha a antinomia ao individual, ao egocentrismo e à indiferença em relação a outros valores da sociedade além do de propriedade. Repetindo, ainda, as palavras de CRETELLA JÚNIOR, vemos a confirmação desse aspecto: “*Antes, a propriedade tinha um sentido nitidamente individual, exclusivo; hoje, a propriedade tem um sentido social.*”

A expressão ‘*destinação social*’ opõe-se à expressão ‘*destinação individual*’”. Completa o autor: “‘*Social*’ e ‘*individual*’ são pólos da mesma esfera que se contrapõem, antiteticamente” (ob. e v. cit., p. 186).

A premissa de que a propriedade deve estampar instrumento de prestabilidade para fins sociais origina, sem dúvida, a formação do direito atribuído ao Estado de exigir que ela seja criada ou preservada considerando esse alvitre. Conseqüentemente, ao Estado caberá intervir na propriedade sempre que se desviar do fim social que constitui **conditio sine qua** de sua garantia constitucional.

Aliás, já tivemos a oportunidade de deixar anotado que a intervenção estatal pode ser legítima, se exercida dentro do modelo constitucional, mas também pode não o ser, se a atuação refoge a esse modelo. Na ocasião, averbamos que se considera “*intervenção do Estado na propriedade toda e qualquer atividade estatal que, amparada em lei, tenha por fim ajustá-la aos inúmeros fatores exigidos pela função social a que está condicionada*”. Aduzimos então: “*Extraí-se dessa noção que qualquer ataque à propriedade, que não tenha esse objetivo, estará contaminado de irretorquível ilegalidade. Trata-se, pois, de pressuposto constitucional do qual não pode afastar-se a Administração*” (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “**Manual de Direito Administrativo**”, Lumen Juris, 10ª ed., 2003, p. 599).

A intervenção do Estado, sempre amparada genericamente no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal, pode variar de um ao outro extremo em relação ao conteúdo do direito de propriedade. Com efeito, pode limitar-se a mera utilização transitória como também pode extremar-se ao limite da própria supressão do direito. Tudo há de depender da função social a ser tutelada na intervenção. Desse modo, pode considerar-se a existência de duas modalidades básicas de intervenção: a *intervenção restritiva* – limitada ao uso da propriedade pelo Estado – e a *intervenção supressiva* – extintiva do direito do proprietário.

É exatamente nesse contexto que a Constituição, depois de exigir o atendimento da propriedade à sua função social, faz a previsão das referidas modalidades de intervenção, tudo numa ordem lógica, partindo da desapropriação (art. 5º, XXIV) e alcançando o instituto da requisição (art. 5º, XXV). Por fim, nesse mesmo contexto, confere foros de segurança especial à pequena propriedade rural, trabalhada pela família, isentando-a de penhora como garantia de débitos decorrentes de sua atividade produtiva (art. 5º, XXVI).

A desapropriação é a negação da garantia do direito de proprieda-

de. É a sua antítese, o seu paradoxo, a sua *contradictio*, porque implica a transferência coercitiva da propriedade privada para o Estado ou para um de seus delegados. Nem por isso, contudo, se revela despicienda ou inócua dentro do sistema normativo regulador da propriedade. Conquanto só deva consumir-se diante da efetiva ocorrência dos pressupostos constitucionais, a desapropriação se torna necessária quando outra alternativa não resta ao Poder Público senão a de suprimir o direito de propriedade para adequá-la à função social que naquela situação se exige.

Nesse caso, a propriedade sucumbe diante do interesse perseguido pela demanda coletiva. Por isso, está correto afirmar, como o faz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que “*O fundamento político da desapropriação é a supremacia do interesse coletivo sobre o individual, quando incompatíveis*” (“**Curso de Direito Administrativo**”, Malheiros, 15ª ed., 2003, p. 739). De fato, não há como negar a existência de crise de compatibilidade quando, diante da densidade da carga oriunda do interesse público, esteja presente o interesse privado do proprietário. É nesse quadro que a Constituição deixa de assegurar o direito de propriedade e permite ao Estado a extrema providência de expungir-lo, transferindo-o para si próprio, na presunção de que a ele cabe o papel de representante dos interesses coletivos e protetor da função social.

Revisitadas as linhas reguladoras da propriedade, na ótica de sua integração como direito fundamental, vale a pena tecer um breve comentário sobre sua integração no direito privado e no direito público, isso, é óbvio, como mero método de precisão expositiva, já que tal dicotomia tem modernamente a pecha de vetusta e anacrônica.

O direito de propriedade tem sua raiz histórica no direito romano e, desde o início, teve natureza individual e revestimento de certo misticismo e solenidades especiais. Vigorava então o regime jurídico que tinha como característica o fato de que apenas o cidadão romano podia adquirir a propriedade, resultando essa circunstância especial do princípio segundo o qual o domínio propiciava a nacionalização do solo. A aquisição da propriedade era cercada de solenidade especial com formato de cerimônia dotada de alguma pompa – a **mancipatio** – e restringia-se exclusivamente à classe dos cidadãos, que tinham direito próprio (**ex iure quiritium**). Só mais tarde foi o direito estendido de forma a ser objeto de negócio jurídico comum (**ius commercii**), passando-se a adotar novos mecanismos jurídicos para a transferência, como a **traditio** e a **in iure cessio**.

Mas não se pode negar a existência de uma *sociologia da propriedade*, como acentuou, com a costumeira precisão, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. São suas as precisas, e por que não dizer emocionantes, palavras sobre o tema: “*Não existe um conceito inflexível do direito de propriedade. Muito erra*

o profissional que põe os olhos no direito positivo e supõe que os lineamentos legais do instituto constituem a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou em que o estágio atual da propriedade é a derradeira e definitiva fase de seu desenvolvimento. Ao revés, evolve sempre, modifica-se ao sabor das injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas". Ao completar seu pensamento, registra o grande civilista que a propriedade "está passando por transformações tão substanciais quanto aquelas que caracterizaram a criação da propriedade individual, ou que inspiraram a sua concepção feudal" ("Instituições de Direito Civil", Forense, v. IV, 1970, p. 70).

A dimensão sociológica apontada pelo festejado jurista, no que tange à constante evolução do instituto, é insuscetível a qualquer reparo, por menor que seja. Na trilha dessa evolução é que se consegue perceber que a gestação da propriedade no ventre do direito privado não impediu que viesse a incorporar-se, parcialmente, no seio do direito público. Atualmente, é inegável o reconhecimento de que a propriedade tem sofrido, em seu longo caminho, um contínuo processo de *publicização*, cujo postulado maior reside na qualificação jurídica que passou a ostentar na época contemporânea e no papel que agora lhe cabe desempenhar na sociedade.

A vigente Constituição deixa evidente esse fenômeno. Depois de enfocar a propriedade como direito fundamental condicionado, com revestimento predominantemente privado (apesar da falta de referência expressa desse aspecto no mandamento constitucional), externa uma série de normas que denotam uma indiscutível vinculação entre o titular da propriedade e o Estado - normas essas típicas de direito público. Referido sistema normativo situa-se no capítulo destinado à política urbana e esta, a seu turno, integra o Título VII, relativo à ordem econômica e financeira.

Esses aspectos que salientam o processo de publicização da propriedade, alojados na disciplina da política urbana, é que serão analisados adiante, com a síntese que comporta a natureza deste estudo.

3. POLÍTICA URBANA

Em que pese o avanço dos estudos e estratégias relacionados à política urbana nos grandes centros juspolíticos europeus, só recentemente a organização das cidades e o processo de urbanização passaram a merecer, entre nós, a adequada relevância no sistema jurídico.

A idéia que a expressão "*política urbana*" traduz não leva em conta a cidade apenas como *locus*, ou como mera área geográfica, mas considera, sobretudo, as suas funções sociais, como habitação, circulação, trabalho, lazer, integração, como bem acentua ODETE MEDAUAR ("**Estatuto da**

Cidade", vários autores, Ed. RT, 2002, p. 17). Na verdade, a política urbana constitui capítulo do Direito Urbanístico, assim definido por JOSÉ AFONSO DA SILVA, sob o aspecto de direito positivo, *"como o conjunto de normas que têm por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade"* (**"Direito Urbanístico Brasileiro"**, Malheiros, 3ª ed., 2000, p. 48).

As normas urbanísticas, que sempre se apresentaram esparsamente em leis e regulamentos, sem formarem um sistema normativo lógico e uniforme, tiveram agasalho na vigente Constituição, com o realce a ser dado a dois fatores: 1º) estabeleceu as regras básicas de política urbana; 2º) incluiu o respectivo capítulo no título destinado à ordem econômica e financeira.

Semelhantes fatores têm imensa relevância no que se refere à organização das cidades. As regras básicas, por terem *status* constitucional, servirão de ponto de referência para toda a legislação subjacente à Carta Maior que vier a regular algum dos inúmeros aspectos ligados à política urbana. A posição topográfica do capítulo, por outro lado, está a indicar que a organização das cidades guarda estreita correlação com os princípios regedores da ordem econômica e financeira, não devendo, por isso mesmo, ser vista com visão restrita e local, mas sim como um elo, entre muitos outros, necessário ao equilíbrio do setor econômico, indispensável ao regime democrático.

O postulado fundamental da política urbana se aloja no art. 182 da Constituição: *"A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes"*.

O preceito, como é fácil deduzir, tem caráter proativo e finalístico, porquanto estampa processo dinâmico de execução da política urbana e tem objetivos bem definidos a serem alcançados pela operacionalização das respectivas ações. Daí serem acertadas as palavras de CELSO RIBEIRO BASTOS: *"O preceito em epígrafe abre campo para que o Estado assuma a função de ditar diretrizes para o desenvolvimento urbano. Não se trata de impor um planejamento cogente, vinculante a todos os habitantes de uma cidade, nem de dispor, de forma coercitiva, sobre a destinação dos imóveis. Esta política de desenvolvimento urbano encontra, portanto, parâmetros que lhe são ditados pelo Texto Constitucional, tais como a propriedade, a livre empresa, o livre exercício de atividades profissionais, assim como o próprio direito de locomoção"* (**"Comentários à Constituição do Brasil"**, Saraiva, 7º v., 1990, p. 203).

De fato, não se vislumbra no conceito nenhuma forma direta de imposição, mas, ao mesmo tempo, não deve o Estado postergar indefinidamente a execução das atividades resultantes das demandas urbanísticas. Os

objetivos básicos da ação estatal nesse segmento – o desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar dos seus habitantes – estão longe de indicar apenas uma opção, abstrata e vazia, por parte dos órgãos estatais; contrariamente, dispararam em sua direção a necessidade de persegui-los com eficiência e continuidade tendo em vista os bens e interesses a que se predis põem.

O mandamento constitucional dá relevo a dois entes federativos: de um lado, à União Federal, à qual foi dada a incumbência de editar a lei traçando as diretrizes gerais de política urbana; de outro, ao Município, ao qual foi destinada a tarefa de dar a necessária operacionalização daquelas diretrizes, exigindo-se-lhe, para tanto, a edição de leis específicas. Observando-se atentamente as regras urbanísticas básicas na Constituição, pode-se constatar que a grande tarefa de organização das cidades coube, de fato, ao Poder Público municipal. Na verdade, de nada valerão as normas federais que traçam as diretrizes gerais se não houver a efetiva ação para concretizá-las.

A comprovação indiscutível da preponderância municipal quanto ao desenvolvimento urbano reside no plano diretor, que, aprovado pelo Legislativo municipal, constitui *“o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”*, como estampa o art. 182, § 1º, da Carta em vigor. A obrigatoriedade de instituição do plano diretor é direcionada unicamente para Municípios com mais de vinte mil habitantes. Trata-se, contudo, de obrigatoriedade meramente teórica. Pela importância de que se reveste semelhante instrumento, todos os entes municipais deveriam ter o seu próprio plano, sendo até mesmo de refletir se a importância não seria maior para os Municípios menos populosos, diante da perspectiva de serem evitados, desde o início, os graves problemas que a desordem urbana provoca nos habitantes. De qualquer modo, a Constituição não lhes vedou a instituição do plano; apenas não o considerou obrigatório, de modo que nada impede que, apesar da facultatividade, se adiantem na estatuição de sua política urbana.

Não há dúvida de que o plano diretor é realmente o documento básico do desenvolvimento urbano. Conforme anota TOSHIO MUKAI, *“o plano diretor é um instrumento legal que visa propiciar o desenvolvimento urbano (portanto, da cidade) do Município, fixando diretrizes objetivas (metas), programas e projetos para tanto, em um horizonte de tempo determinado”* (**“O Estatuto da Cidade”**, Saraiva, 2001, p. 33). Por sua complexidade e pela quantidade de aspectos que procura informar, o plano diretor deve resultar dos estudos de uma série multidisciplinar de técnicos, sabido que nele se contemplam regras sobre zoneamento, ocupação do solo, serviços públicos, habitação, circulação etc. Significa que a confecção criteriosa do plano diretor enseja não somente uma perspectiva para o Poder Público municipal como também uma garantia para os munícipes em face de seu

prévio conhecimento dos propósitos do governo local.

É, todavia, no conteúdo do art. 182, § 2º, da C.F., que se encontra a propriedade vista sob a ótica urbanística e, pois, no âmbito do direito público. Aqui a relação jurídica não se forma entre particulares proprietários, mas sim entre o proprietário e o Estado, a demonstrar que, no caso de colisão de interesses, deverá prevalecer o interesse público a ser perseguido pelo representante estatal.

O referido mandamento tece uma linha conceitual sobre a função social a que deve preordenar-se a propriedade. Diz ele: “*A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*”. Nota-se, desde logo, que tal dispositivo guarda total consonância com o art. 5º, XXIII, da C.F.: enquanto este condiciona a propriedade ao atendimento da função social, aquele outro, completando-o, informa o que significa atender à função social. Em outras palavras, teremos, na interpretação dos citados dispositivos, que a propriedade urbana só será assegurada, nos termos do art. 5º, XXIII, da C.F., se estiver em consonância com o plano diretor (art. 182, § 2º, C.F.). Como o plano diretor é da incumbência do Município, não será difícil inferir a extensão do poder jurídico conferida a esse ente federativo para, de algum modo, atingir o direito de propriedade.

O vínculo que atualmente liga a propriedade à política de desenvolvimento urbano demonstra, nitidamente, que o instituto, em tempos modernos, não descansa apenas no seio do direito privado. Várias regras especiais incidem sobre ele, ao mesmo tempo em que poderes estatais têm idoneidade para suprimir ou restringir o direito do proprietário. São normas próprias de um regime especial, em que o alvo a ser perseguido é o interesse público e que, por tal motivo, caracterizam-se como normas de direito público.

O art. 182, § 4º, da Constituição, oferece uma transparente demonstração desse vínculo e daqueles poderes estatais. Admite a Carta que, cumpridas certas condições impeditivas de eventual arbítrio, possa o Município obrigar o proprietário do solo urbano a adequá-lo ao plano diretor da cidade quando o imóvel não for utilizado ou edificado, ou ainda quando estiver subutilizado em relação ao plano. Essa obrigatoriedade de aproveitamento do imóvel segundo os parâmetros do aludido instrumento urbanístico tem natureza impositiva na relação jurídica entre o Estado e o proprietário, sendo facilmente identificável na hipótese uma relação de direito público.

A adequação do imóvel ao plano diretor acarreta providências obrigatórias para o proprietário, que vão desde a determinação no sentido de que proceda ao parcelamento ou à edificação compulsórios, avançam, em caso de descumprimento, pela imposição de IPTU progressivo no tempo, de notória natureza extrafiscal e social, e culminam, se inócua essa medida,

na desapropriação do imóvel com pagamento efetuado em títulos da dívida pública com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, com a evidente indicação do caráter punitivo pela inexecução da obrigação urbanística. A própria supressão do direito pelo Poder Público através da desapropriação deixa claro que o regime regedor dessa especial relação jurídica é realmente o de direito público.

Apesar do surgimento de alguma crítica às regras constitucionais relativas à política urbana, baseada sobretudo no fato de que só foram considerados objetivos intra-urbanos, sem levar em conta aqueles aspectos mais globais, além do território das cidades (JOSÉ AFONSO DA SILVA, **“Curso de Direito Constitucional”**, Malheiros, 20ª ed., 2002, p. 792), o certo é que, como o reconhece o autor, nada obsta que o Estado e os próprios Municípios elaborem planos urbanísticos que visem a alcançar áreas mais extensas do que o território municipal. A Constituição não o proíbe, de forma que tudo dependerá da competência, da probidade e do real interesse público dos dirigentes das entidades federativas.

O que se quer assinalar, contudo, é a intrínseca relação que aproxima a propriedade à política urbana, registrando-se evidente relação de natureza publicística. Pode até mesmo afirmar-se que não há como levar a cabo programas e projetos de desenvolvimento urbano sem, de algum modo, deixar de atingir o direito de propriedade.

Tendo a Constituição, por mais de uma vez, apontado a necessidade de lei federal, nessas disposições sobre política urbana (art. 182, *caput* e § 4º), cumpre examiná-la, ainda com a objetividade que este trabalho comporta.

4. LINEAMENTOS URBANÍSTICOS DO ESTATUTO DA CIDADE

Nos dois momentos em que a Constituição fez referência à lei federal, esta foi tida como condição prévia de qualquer ação municipal. Primeiramente, foi previsto que a lei federal é quem traçaria as diretrizes gerais de política urbana (art. 182, *caput*). Depois, condicionou à lei federal o exercício, pelo governo municipal, do poder de exigibilidade em relação ao proprietário de imóvel urbano cuja utilização estivesse em descompasso com o plano diretor da cidade. Em outras palavras, até a edição da lei federal, esteve o Município de pés e mãos atados no que se refere à execução de política urbana de longo alcance.

Na verdade, os poderes municipais, enquanto não sobrevinha a lei federal, eram carentes de eficácia em virtude da inefetividade do quadro normativo regulador. A efetividade da norma, na lição de Kelsen, representa a circunstância de ser ela realmente aplicada e de uma conduta humana, adotada consoante a norma, ocorrer na ordem dos fatos (**“Teoria Pura do**

Direito”, trad. João Baptista Machado, 4ª ed., 1979, Edit. Armênio Amado, Coimbra, p. 30). A norma se afigura efetiva quando exerce a plenitude de sua função social. É o que também proclama LUIZ ROBERTO BARROSO: *“Ela (a efetividade) representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”* (**“O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas”**, Renovar, 3ª ed., 1996, p. 83).

Se a Constituição, de um lado, exigia a edição de lei federal para a concreta execução das ações e estratégias de política de desenvolvimento urbano, e a União Federal, de outro, não a promulgava, não havia efetividade na regulação constitucional, vez que não havia como concretizar-se a função social alvitada pelos respectivos mandamentos constitucionais.

Depois de longos anos, entretanto, foi editada a Lei nº 10.257, de 10.07.2001 – autoproclamada de Estatuto da Cidade – a quem coube traçar as diretrizes gerais de política urbana, dando o primeiro passo para a concreção das normas fixadas na Constituição.

Não é o escopo deste trabalho analisar, com a merecida profundidade que se estaria a exigir, o referido diploma legal. Aqui ressaltaremos apenas os lineamentos urbanísticos fundamentais, tratando primeiramente da **ratio legis** e das diretrizes gerais da lei, e, no tópico seguinte, dos poderes outorgados ao Município para intervir na propriedade, confirmando-se, assim, a propriedade vista numa ótica de direito público.

Depois de consignar o intento de regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, exatamente os que tratam de política urbana, o Estatuto da Cidade estabelece *“normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”* (art. 1º, parágrafo único).

No dispositivo, repontamos dois aspectos que têm sido objeto de destaque nas presentes considerações. Um deles é o que diz respeito ao direito de propriedade, cujo uso se insere no quadro normativo urbanístico, fato que sujeita o direito a restrições impostas ao proprietário. O outro reside na qualificação dispensada pela lei às normas que a compõem: autoqualificando-se como normas de ordem pública e interesse social, quis o legislador ressaltar o aspecto publicístico de tais comandos e a sua inviabilidade de alteração pela vontade dos particulares, sendo claramente indicado que o quadro normativo é típico de direito público.

Como que a corroborar a posição da propriedade sob a visão urbanística, averbou o Estatuto que a política urbana alvitra *“ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”* (art. 2º). A expressão *funções sociais* deve ser interpretada como qualificativa da cidade e da propriedade urbana. O sentido básico do texto legal indica que

tanto a cidade em si quanto a propriedade urbana devem cumprir funções sociais e, ao exigí-lo, a lei, no que concerne à propriedade, guardou inteira congruência com o art. 5º, XXIII, da Constituição, o qual, como tantas vezes mencionado, condicionou a propriedade ao atendimento daquelas funções.

As diretrizes gerais de política urbana apresentam-se em extensa relação contida no art. 2º do Estatuto. Interessam-nos de perto, no entanto, aquelas que, de forma mais contundente, afetam o direito de propriedade.

Uma dessas diretrizes é a que consiste na ordenação e controle do uso do solo (art. 2º, VI). Esses objetivos dão origem ao que os estudiosos denominam de *regime urbanístico do solo*, definido como o conjunto de normas, princípios e institutos que visam a disciplinar o uso do solo para as funções urbanas de habitar, trabalhar, circular e recrear. “*Trata-se*”, como acentua JOSÉ AFONSO DA SILVA, “*da formulação jurídica da política do solo, que constitui requisito essencial e parte integrante do moderno urbanismo*” (“**Direito Urbanístico**” cit., p. 161). E relembra o autor conclusão firmada no Congresso de Cidades Alemãs de 1957, com os seguintes dizeres, aqui reproduzidos pela inteira consonância com o que ora se comenta: “*Para alcançar os objetivos e metas do urbanismo moderno é necessário contar com uma política do solo que se inspire num justo equilíbrio entre o direito de propriedade imobiliária, constitucionalmente garantido, e o dever que, por sua função social, recai sobre ela e que tem idêntico fundamento constitucional*”. Nada mais se precisa acrescentar a tal pensamento; apenas se confirma o indissociável elo entre a política urbana e a propriedade.

O controle e a ordenação do uso do solo não se legitimam senão pelos objetivos a que se preordenam. Quer dizer: nem a propriedade é intangível, nem pode ser arbitrariamente atingida. A afetação do direito deve condicionar-se aos objetivos de direito público que tenham servido de lastro para a ação governamental. Vários são os males urbanísticos que o controle do solo procura evitar. Um deles é a utilização inadequada dos imóveis urbanos, possibilitando que o Município obrigue o proprietário à necessária adequação (art. 2º, VI, “a”). Outro é a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes (art. 2º, VI, “b”), problema hodierno gravíssimo e que, a cada dia, provoca maior irresignação dos habitantes e usuários da cidade, surgindo não apenas em função do uso pelo proprietário, mas também em virtude da modernidade e das novas tecnologias que são introduzidas.

Outra diretriz a ser observada, no que toca ao uso do solo, é aquela por meio da qual se busca impedir a retenção especulativa de imóvel urbano, que provoque utilização inadequada ou não-utilização prejudicial ao regime urbanístico (art. 2º, VI, “e”). A especulação imobiliária, como é sabido, é atividade tipicamente econômica e de interesse predominantemente privado, e, como tal, não pode ser coonestada pelas autoridades

públicas se, de alguma forma, insultam o interesse social estampado nos projetos de política de desenvolvimento urbano.

O uso do solo deve compatibilizar-se com a infra-estrutura urbana existente no local. Entre nós, sempre se tem constituído uma grande distorção, sob o aspecto da urbanização, o licenciamento de construções com demanda de serviços superior à viabilizada pela infra-estrutura local. É o que a lei denominou de *“edificação ou uso excessivos ou inadequados”* em relação à infra-estrutura (art. 2º, VI, “c”). Em projeto de urbanização, a técnica moderna exige que primeiro se devem consolidar os elementos básicos que permitam moradia ou uso imobiliário dignos, incluindo-se os serviços públicos, como energia elétrica, abastecimento de água, vias de esgotamento sanitário, transportes, estabelecimentos hospitalares, entidades de ensino e de educação. Só depois é que o Poder competente deve licenciar a edificação ou o uso especial do solo. É que, ao fazê-lo, poderá exercer plenamente seu poder de polícia, cabendo-lhe verificar se há ou não adequação do uso. Aliás, *“Em essência, poder de polícia é a atividade da Administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades”*, como adverte ODETE MEDAUAR (**“Direito Administrativo Moderno”**, RT, 2ª ed., 1998, p. 346). Portanto, no regular exercício desse poder administrativo, incumbirá ao Poder Público impedir a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana.

O meio ambiente é outro bem suscetível de tutela que reclama a associação entre a propriedade e o direito urbanístico. Assim, figura como diretriz no Estatuto o controle do uso do solo de forma a impedir a poluição e a degradação ambiental (art. 2º, VI, “g”). Neste ponto – diga-se de passagem – a proteção tem parâmetro constitucional, já que o meio ambiente mereceu tutela em capítulo específico (art. 225, C.F.). Considerando esse aspecto, CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO, com toda razão, destacou: *“A propriedade urbana deixa de ter natureza jurídica regradada única e exclusivamente pelos valores tradicionalmente situados pelos subsistemas do direito civil ou do direito administrativo e assume decididamente feição constitucional, ou seja, a propriedade urbana tem natureza jurídica constitucional e seus diferentes aspectos, a partir do Estatuto da Cidade, passam a ser regradados pela Lei 10.257/2001”* (**“Estatuto da Cidade”**, RT, 2002, p. 26).

Mas os lineamentos urbanísticos do Estatuto da Cidade não se limitaram a possibilitar restrições ao uso da propriedade. Tanto assim que, no elenco das diretrizes, incluiu a necessidade de ações governamentais objetivando a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, para tanto sendo previstas normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, sempre levadas em conta a situação socioeconômica da população e as normas de proteção ambiental (art. 2º, XIV). De

outro lado, foi prevista a simplificação da legislação sobre parcelamento, uso e ocupação do solo, de modo a ensejar a redução de custos e a elevação da oferta de lotes e unidades habitacionais (art. 2º, XV).

Todas essas diretrizes têm hoje sede em diploma legislativo específico, editado com base em normas constitucionais. O destaque dispensado às que ora apontamos decorre unicamente da circunstância de que guardam intrínseca relação com o uso da propriedade, numa outra demonstração – insista-se – de que a propriedade deve mesmo condicionar-se à função social e submeter-se a regime urbanístico, assim considerado como subsistema do direito público.

Diretrizes – todos o reconhecemos – somente se concretizam mediante a implementação de ações, estudos, pesquisas e estratégias necessárias a uma desejável política de desenvolvimento urbano. Com tais ações, o Poder Público, freqüentemente, poderá intervir na propriedade e atingir o direito do proprietário. São essas intervenções que serão agora analisadas.

5. INTERVENÇÕES ESTATAIS NA PROPRIEDADE PRIVADA

Além das diretrizes gerais que enunciou, o Estatuto da Cidade – hoje o mais importante diploma urbanístico do país – relacionou vários instrumentos cuja função seria a de tornar concretas aquelas diretrizes. Trata-se de mecanismos jurídicos dos quais poderão socorrer-se os Municípios para a implementação de suas políticas no setor urbanístico.

Alguns desses instrumentos não guardam estreita relação com a propriedade e, por tal razão, não interessam aos presentes comentários. Outros, porém, podem afetar diretamente o direito de propriedade, ora de forma menos profunda, ora de modo mais drástico e peremptório. Nesses aspectos é que se pode observar, com clareza, a subordinação do direito ao atendimento da função social, como exige o art. 5º, XXIII, da Constituição. Aqui também a propriedade está subjacente a disciplina de direito público, não tendo qualquer relevância a vontade dos proprietários no que concerne aos objetivos de urbanização a que se predispõe o Poder Público.

Ao dizermos que alguns instrumentos previstos no Estatuto afetam o direito de propriedade, queremos admitir que a autoridade pública tem o poder jurídico de *intervenção na propriedade*, sobretudo na propriedade privada, em que os interesses privados, em regra, sobrelevam ao interesse público.

Sobre o tema, já tivemos a oportunidade de classificar as modalidades de intervenção em *intervenção restritiva* e *intervenção supressiva*. No que se refere à primeira, dissemos então: “*A intervenção restritiva é aquela em que o Estado impõe restrições e condicionamentos ao uso da propriedade, sem, no entanto, retirá-la de seu dono*”. Quanto à segunda, consignamos: “*Intervenção supressiva, a seu turno, é aquela em que o*

Estado, valendo-se da supremacia que possui em relação aos indivíduos, transfere coercitivamente para si propriedade de terceiro, em virtude de algum interesse público previsto na lei. O efeito, pois, dessa forma intervêntiva é a própria supressão da propriedade das mãos de seu antigo titular” (nosso “**Manual de Direito Administrativo**” cit., p. 603).

Ambas as modalidades de intervenção têm espaço no direito urbanístico e algumas delas estampam instrumentos que o Estatuto alinhou como necessários ao desenvolvimento urbano.

O instrumento mais contundente a incidir sobre a propriedade caracteriza-se como intervenção restritiva: o *parcelamento, edificação ou utilização compulsórios* (arts. 5º e 6º, do Estatuto). A eles já fizemos menção quando examinamos a política urbana em sede constitucional, e o fizemos porque foi a própria Constituição que os contemplou inicialmente (art. 182). A restrição a ser viabilizada transparece da denominação de tais mecanismos: contra a vontade do proprietário, pode o Município exigir-lhe um *facere*, consistente na obrigação de parcelar uma área, edificar sobre ela ou utilizá-la em conformidade com as imposições do plano diretor.

Não atendida a obrigação, poderá o Município impor sobre a propriedade o *IPTU progressivo no tempo* como meio de compelir o proprietário a atendê-la. E, se ainda assim, não a cumprir, sujeitar-se-á à *desapropriação* a ser indenizada com títulos da dívida pública (art. 8º). A propósito deste instrumento, dois fatores sobressaem: primeiro, a natureza de intervenção supressiva, por implicar a perda da propriedade; segundo, seu caráter punitivo, só aplicável se frustradas forem as imposições anteriores.

Outro instrumento passível de intervenção restritiva é o *direito de preempção*. Tal direito foi instituído em favor do Município e por ele se confere a essa entidade a preferência para aquisição de imóvel urbano quando for objeto de alienação onerosa ajustada entre particulares. Há, em outras disciplinas, a previsão do direito de preempção ou preferência. Mas este, em especial, tem grande relevância para fins urbanísticos, como anota CARLOS BASTIDE HORBACH (“**Estatuto da Cidade**”, RT, 2002, p. 132, vários autores). Diversos podem ser os objetivos a que se propõe esse tipo de intervenção: regularização fundiária, programas habitacionais, expansão urbana, proteção ambiental ou histórica e cultural.

É claro que a instituição do direito de preempção se sujeita ao preenchimento de alguns pressupostos. Um deles é a previsão genérica no plano diretor e a delimitação da área por lei municipal específica baseada no plano (art. 25, § 1º, Estatuto). Outro é a vinculação do direito aos fins mencionados na lei (art. 26), e que são aqueles acima referidos. Apesar disso, o direito de preempção retira do proprietário a disponibilidade integral

da propriedade, pela qual lhe seria lícito aliená-la a quem o desejasse. Ficará obrigado a oferecê-la primeiramente ao governo municipal e somente se este não manifestar interesse é que poderá alienar a propriedade a terceiro. Fora daí, o negócio jurídico estará contaminado de vício de nulidade.

O Estatuto contempla, ainda, o *estudo prévio de impacto de vizinhança* (EIV), instrumento segundo o qual certas licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento só serão concedidas pelo Município mediante elaboração de estudo prévio no qual seja analisado o impacto a ser provocado pelo empreendimento nos direitos de vizinhança (art. 36). Para tanto, a lei municipal deverá definir quais os empreendimentos ou atividades, privados ou públicos, que deverão sujeitar-se a essa prévia análise. Há muito a sociedade já reclama semelhante providência, pois, não muito raramente, são licenciados empreendimentos – grandes construções, por exemplo, como são os *shopping-centers* - que acarretam grave ofensa ao direito dos vizinhos, retirando-lhes o maior bem que o habitante deseja: o bem-estar.

Aliás, não custa lembrar que os direitos de vizinhança são regulados também no direito civil, em capítulo especial do título referente à propriedade (arts. 1.277 a 1.313). Em sua disciplina, há regras sobre o uso anormal da propriedade (arts. 1.277 a 1.281); sobre a passagem de cabos e tubulações (arts. 1.286 e 1.287), uma inovação, aliás, do novo Código; sobre os limites entre prédios (arts. 1.297 e 1.298); e sobre o direito de construir (arts. 1.299 a 1.313). Tais regras, contudo, desenvolvem-se e se aplicam sob o manto das relações privadas, procurando solver litígios entre proprietários e usuários da propriedade. As regras do Estatuto, entretanto, permitem a atuação direta do Estado sobre o direito dos proprietários, numa disciplina própria do regime de direito público. Mais uma vez fica demonstrada a interface da propriedade e sua bipolarização no trânsito entre o direito privado e o direito público.

Esses instrumentos, sem qualquer dúvida, qualificam-se como modalidades de intervenção restritiva do Estado na propriedade e em relação a eles não se pode esquecer que seu objetivo é atender à função social através das estratégias urbanísticas previstas no plano diretor. Ao mesmo tempo, porém, fica evidente que não se podem executar planos de desenvolvimento urbano com a intangibilidade do direito de propriedade. A esta cabe exercer função social e, como ao Estado compete definir quais os objetivos que se inserem na função social, a conclusão será a de que legítima será a intervenção estatal para a consecução de tais objetivos.

Não será escusado salientar, todavia, que a propriedade não ficou apenas sujeita a intervenções urbanísticas restritivas nas regras do Estatuto da Cidade. Foram contemplados outros instrumentos que, contrariamente,

oferecem benefícios e vantagens a proprietários. Em alguns deles, sobrelêva o caráter de direito privado; em outros, o direito público se apresenta de forma mais nítida. Em todos, porém, a legitimidade depende da previsão que a lei tiver feito e do cumprimento dos pressupostos que exige.

Entre tais instrumentos, encontra-se, por exemplo, o *usucapião especial de imóvel urbano* (art. 9º), instituto que tem o mesmo arcabouço básico do que é tradicionalmente conhecido no direito privado, mas que dele se diferencia pela natureza eminentemente urbanística. Para adquirir a propriedade pelo usucapião especial, o possuidor deve preencher alguns requisitos, e destes talvez o mais importante seja o uso do imóvel para moradia do possuidor ou de sua família. A relevância desse especial requisito decorre da conjugação do fim urbanístico do instituto com a função social a ser atendida pela propriedade, e nenhuma função tem maior altura no contexto social do país do que a residência própria.

No que tange a essa modalidade de usucapião urbanístico, a novidade ficou por conta da criação do usucapião coletivo, forma de aquisição da propriedade por populações de baixa renda, quando não é possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor. Aqui também o núcleo central do instituto é o fim de moradia, tal como na modalidade do usucapião individual. O ponto curioso reside em que o juiz, na sentença, impossibilitado de atribuir o devido quinhão a cada possuidor, profere decisão na qual outorga fração ideal idêntica a cada um dos interessados (art. 10, § 3º), ainda que, geograficamente, uma área ocupada tenha extensão diversa de outra.

Mecanismo que merece referência é o *direito de superfície*, instrumento pelo qual o proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por prazo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório imobiliário (art. 21). Trata-se de direito real que rende ensejo ao desmembramento da propriedade, de forma que a propriedade abstrata continuará a pertencer ao proprietário, mas o direito de uso (verdadeiro domínio útil) caberá ao superficiário.

Quando tal disciplina foi instituída no Estatuto, ainda não vigorava o novo Código Civil. Este diploma, porém, veio a disciplinar o mesmo instituto em título próprio (Título IV) do Livro relativo ao direito das coisas (Livro III), encontrando-se tais regras nos arts. 1.369 a 1.377. São bastante similares as disciplinas. Para conciliá-las, dever-se-á considerar o velho postulado segundo o qual a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior (art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil). Desse modo, considerando o diploma em que se insere, dever-se-á interpretar as normas

pertinentes do Estatuto – lei geral - como prevendo o direito de superfície de natureza tipicamente urbanística, deixando-se as regras do Código Civil – lei geral - para reger as relações de exclusivo interesse de particulares.

Alguns outros instrumentos foram previstos, como o solo criado, a alteração de uso, a transferência do direito de construir, as operações urbanas consorciadas, todos, porém, sem qualquer imposição urbanística que possa espelhar intervenção estatal. Seu estudo, por conseguinte, está fora do âmbito do presente trabalho.

6. CONCLUSÕES

Do breve estudo a que procedemos acima, e que teve por objetivo examinar a propriedade na ótica do direito público, sob o manto da disciplina relativa à política de desenvolvimento urbano, parece-nos possa chegar-se a algumas pertinentes conclusões.

O instituto da propriedade é regulado tanto no capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXII a XXVI, C.F.) como no relativo à política urbana (art. 182, C.F.).

O direito de propriedade, em sua longa evolução, passou a configurar-se como direito relativo, condicionado que está ao atendimento de sua função social.

É de reconhecer-se que o instituto tem duas disciplinas, com fundamentos e fins diversos: uma de direito privado, basicamente contida no Código Civil, e outra de direito público, presente em várias disciplinas jurídicas, especialmente no Direito Urbanístico.

A disciplina pertinente à política de desenvolvimento urbano sofreu processo de constitucionalização normativa, estabelecendo regras que, direta ou indiretamente, afetam o direito de propriedade e se situam no âmbito do direito público.

Nas normas destinadas à política urbana, ficou definida a função social da propriedade urbana, exigindo-se a compatibilidade desta com o plano diretor, instrumento básico de urbanização e organização das cidades.

O Estatuto da Cidade, como lei geral de política urbana, traça diretrizes fundamentais da ação urbanística, e nelas se encontram objetivos destinados ao controle e ordenação do uso do solo, diretamente ligados ao direito de propriedade.

Em decorrência dos projetos urbanísticos alinhados no plano diretor, vários são os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade que estampam formas de intervenção do Estado na propriedade, tanto na modalidade restritiva como na supressiva, tudo visando ao atendimento da função social.

Sempre que o Estado se predispõe ao estabelecimento de normas de política urbana, a propriedade poderá ser atingida, numa demonstração de que, quando em rota de colisão, o interesse público tem prevalência sobre o interesse privado. □